



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
S/K (1526) 2021

2930

60

ORD.: _____ / _____

ACTUACIÓN: Complementa doctrina.

MATERIA: Ley de inclusión laboral; determinación obligación de inclusión laboral; período de cumplimiento; medidas alternativas.

RESUMEN:

- 1) Las obligaciones subsidiarias de cumplimiento previstas en el artículo 157 ter del Código del Trabajo y artículo 7° del Reglamento N°64 que "Aprueba Reglamento del Capítulo II 'De La Inclusión Laboral De Personas Con Discapacidad', del Título III del Libro I del Código del Trabajo", por parte de las empresas de 100 o más trabajadores, se ejecutarán durante el año calendario anterior al que la empresa presente la comunicación electrónica a que se refiere el inciso 2° del artículo 6 del reglamento referido.

Complementétese la doctrina vigente, en el Dictamen N°3376/035 de 30.12.2020.

- 2) Para efectos de dar cumplimiento a las obligaciones alternativas previstas por el legislador en el artículo 157 ter del Código del Trabajo, tratándose de la razón fundada, relacionada a la naturaleza de las funciones que desarrolla la empresa, la calificación de las funciones, al interior de aquella, que no pueden ser desarrolladas, de manera específica, por personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez, corresponde a la competencia de los organismos administradores del seguro obligatorio de la Ley N°16.744, y las empresas con administración delegada, quienes se encuentran sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Seguridad Social.

En opinión de esta Autoridad, no existe inconveniente jurídico para que el Departamento de Prevención de Riesgos de la empresa, dentro de sus competencias, desarrolle las acciones mínimas de reconocimiento y evaluación de riesgos de accidentes y enfermedades profesionales, control de riesgos en el ambiente o medios de trabajo, y asesoramiento técnico necesario para efectos de determinar qué funciones o

procesos productivos, de acuerdo al artículo 157 ter del Código del Trabajo y artículo 7° literal "a)" del Reglamento, no pueden ser desarrollados por personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, sin perjuicio de lo que en definitiva determine la Superintendencia de Seguridad Social.

- 3) De acuerdo a lo señalado en el artículo 157 ter del Código del Trabajo, existe un vacío normativo en cuanto al plazo durante el que la empresa debe publicar la oferta de trabajo, materia que no corresponde ser suplida por esta autoridad administrativa, y que debería ser fijada vía modificación reglamentaria. Como se concluyó en el Dictamen N°3376/35, de 30.12.2020 la empresa que justifique la razón fundada derivada de la falta de interés de las personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional en las ofertas de trabajo que haya formulado el empleador, deberá acreditar al momento de realizar la comunicación electrónica a que se refiere el artículo 6° del Reglamento, la circunstancia de haberse verificado la publicación de la o las referidas ofertas de empleo, durante el año calendario anterior.
- 4) Si bien la donación se hará exigible únicamente en aquellos meses en que, de acuerdo a la comunicación electrónica, la empresa tuvo contratados 100 o más trabajadores, el cumplimiento total de la medida alternativa de donación se podrá efectuar en el año calendario respectivo, pudiendo cumplir con esta obligación hasta el 31 de diciembre del año calendario anterior a la presentación de la comunicación electrónica, en el mes de enero.
- 5) La contratación directa de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional deberá estar vigente al primer día hábil del mes en que debe cumplirse dicha obligación. De esta manera, para dar cumplimiento a la finalidad de la norma y poder materializar dicha regla, por las razones expuestas en el presente informe, aquella se aplicará a partir del primer día del mes siguiente a aquel que la empresa tuvo 100 o más trabajadores.
- 6) Los empleadores deberán dar cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 157 bis o 157 ter del Código del Trabajo, durante el año 2021, de acuerdo a los criterios establecidos en el Dictamen N°6245/47, de 12.12.2018.

ANTECEDENTES: 1) Instrucciones del Jefe de Departamento Jurídico y Fiscal, de 15.12.2021.

2) Pase N°110, del Jefe del Departamento de Inspección (S), de 19.11.2021.

FUENTES: Código del Trabajo, artículos 157 bis, 157 ter, 184, 185, 186, 187, 191 y 210; Decreto N°64, que *"Aprueba Reglamento del Capítulo II 'De La Inclusión Laboral De Personas Con Discapacidad', del Título III del Libro I del Código Del Trabajo, Incorporado por la Ley N° 21.015, que Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral"*, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, artículos 6°, 7°, 8°, 9° y 14, inciso 2°; Ley N°16.744, de 1968, que *"Establece Normas Sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales"*.

CONCORDANCIA: Dictámenes N°3376/035 de 30.12.2020, N°6245/47 de 12.12.2018 y N°1027/020 de 21.02.2018.

SANTIAGO, 28 DIC 2021

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : JEFE DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN

Por necesidades del Servicio y teniendo en consideración lo expuesto en el documento singularizado en el ANT.2), se ha estimado pertinente, complementar lo resuelto en la doctrina contenida en el Dictamen N°3376/035 de 30.12.2020, de este Servicio, en lo que dice relación, en primer término, *"al momento"* en que las razones fundadas *"deben tener lugar"*, cuando la empresa obligada a la contratación de personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez, no pueda dar cumplimiento a aquella.

Al respecto, y tal como se encuentra expresamente señalado en el dictamen cuya complementación se solicita, la comunicación electrónica a que se refiere el artículo 6° incisos 2° y 3°, del Decreto N°64 que *"Aprueba Reglamento del Capítulo II 'De la inclusión Laboral de Personas con Discapacidad', del Título III del Libro I del Código del Trabajo"*, debe contener la siguiente información:

- a) Número total de trabajadores de la empresa;
- b) Número total de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez que deben ser contratadas;
- c) Número de contratos vigentes que mantienen con personas con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez;
- d) En caso que corresponda, razones fundadas por las que la empresa respectiva se haya visto impedida de cumplir total o parcialmente la obligación de contratación a que se refiere la Ley N°21.015 y la medida alternativa de cumplimiento adoptada.

En consecuencia, y tal como formalmente lo señala el legislador, la oportunidad para comunicar a la Dirección del Trabajo, las razones

fundadas, por parte del empleador, así como la o las medidas subsidiarias adoptadas, junto al resto de la información indicada, es en el mes de enero de cada año.

En ese sentido, el dictamen citado señala expresamente *“Asimismo, si correspondiere, en la referida comunicación la empresa deberá indicar las medidas alternativas de cumplimiento de la obligación de contratación y las razones fundadas de ello”*.

Precisado lo anterior, el pronunciamiento jurídico referido concluyó que *“...la obligación principal de contratación de las personas ya individualizadas se debe verificar durante el mismo año calendario en que la empresa presentó la comunicación electrónica ante la Dirección del Trabajo”*.

Luego, tratándose de las medidas subsidiarias previstas por el legislador laboral, la comunicación electrónica deberá contener la información correspondiente al año anterior, así, a modo de ejemplo, en la comunicación electrónica de enero de 2022 se deberá considerar las medidas alternativas que se ejecutaron durante el año 2021.

Adicionalmente, y tal como lo establece el artículo 14 del reglamento referido en los párrafos anteriores, la obligación principal de contratación de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, sólo será exigible al empleador en aquellos meses del año en que de acuerdo a la referida comunicación electrónica estuvieron contratados 100 o más trabajadores.

Agrega el pronunciamiento mencionado que *“A partir del precepto señalado, la fiscalización del cumplimiento de la obligación de contratación de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, y/o el cumplimiento de las medidas alternativas se efectuará solo sobre los meses en que la empresa tenga efectivamente contratados 100 o más trabajadores”*.

De esta manera, podemos colegir que, en régimen, las medidas subsidiarias de cumplimiento, así como las razones fundadas, deberán ser informadas por las empresas, de manera conjunta, en la comunicación electrónica del mes de enero de cada año.

Además, tratándose del cumplimiento de la obligación de contratación de personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez, aquel debe verificarse durante el mismo año calendario en que la empresa presente la comunicación electrónica ante la Dirección del Trabajo; y que, en el caso, de las medidas subsidiarias de cumplimiento, dicho comunicado deberá contener la información relativa al año anterior a su presentación.

En consecuencia, las obligaciones subsidiarias de cumplimiento previstas en el artículo 157 ter del Código del Trabajo y artículo 7° del Reglamento N°64 que *“Aprueba Reglamento del Capítulo II ‘De La Inclusión Laboral De Personas Con Discapacidad’, del Título III del Libro I del Código del Trabajo”*, por parte de las empresas de 100 o más trabajadores, se verificarán durante el año calendario anterior al que la empresa presente la comunicación electrónica a que se refiere el inciso 2° del artículo 6° del reglamento referido.

Precisado lo anterior, el Departamento de Inspección consulta *“quien es el encargado de certificar que la naturaleza de las funciones de la empresa no permite la contratación de personas en situación de discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez”*.

Al respecto cumpla con informar a Ud. lo siguiente:

Los incisos 1° y 3° del artículo 184 del Código del Trabajo prescriben: *"El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales"*.

"Corresponderá también a la Dirección del Trabajo fiscalizar el cumplimiento de normas de higiene y seguridad en el trabajo, en los términos señalados en el artículo 191, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios del Estado en virtud de las leyes que los rigen".

De la norma transcrita se infiere, al tenor del dictamen N°5.469/292, de 12.09.1997, de este Servicio, que *"La obligación de protección es un deber genérico, cuyo contenido no queda exclusivamente circunscrito a las disposiciones legales expresas sobre la materia, sino también por la naturaleza de las circunstancias en que el empleador esté en condiciones de salvaguardar los intereses legítimos del trabajador"*.

Por su parte, a través de la doctrina contenida en el Dictamen N°4334/069, de 05.11.2014, este Servicio señaló que el empleador deberá adoptar todas las medidas necesarias e idóneas, que razonablemente, garanticen una eficaz protección al trabajador, previniendo todo riesgo al cual pueda verse expuesto en la ejecución de sus funciones.

En efecto, el ORD. N°0427, de 28.01.2009, de este Servicio concluyó que *"el referido deber de protección, tiene por finalidad prevenir la ocurrencia de cualquier accidente o enfermedad que ponga en riesgo la integridad física o psíquica del trabajador, de esta suerte "no es necesario, para que haya incumplimiento, que exista daño a la salud. Lo importante es haber situado al trabajador en una situación de riesgo que podría haberse evitado, aumentando de manera innecesaria las posibilidades de que ocurra un acontecimiento lesivo para su persona", esto es, previniendo todo riesgo que pueda poner en peligro la vida y salud del trabajador, garantizándose la máxima protección"*.

Agrega, en este sentido, *"la prevención, por definición, consiste en la preparación que se hace anticipadamente para evitar un riesgo, lo que lleva a focalizar su proyección en un momento anterior a su propia existencia, a la posibilidad de que el riesgo desaparezca como elemento potencialmente lesivo; solo en su defecto, cuando no hay medios que puedan impedirlo, se ubica la protección en el espacio en el que dicho riesgo existe, debiendo evitar que se pueda manifestar a modo de lesión"*.

Por otra parte, corresponde hacer presente, que el artículo 187, del mismo Código del Trabajo, señala:

"No podrá exigirse ni admitirse el desempeño de un trabajador en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o que puedan comprometer su salud o seguridad.

La calificación a que se refiere el inciso precedente, será realizada por los organismos competentes de conformidad a la ley, teniendo en vista la opinión de entidades de reconocida especialización en la materia de que se trata, sean públicas o privadas".

De la disposición legal antes citada se desprende que el empleador no puede admitir el desempeño de un trabajador en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas, o que puedan comprometer su salud o seguridad.

Asimismo, que la calificación pertinente debe ser realizada por los organismos competentes legalmente, teniendo en consideración la opinión de entidades especializadas, sean públicas o privadas. Correspondiéndole a las Mutualidades y al Instituto de Seguridad Laboral, en su caso.

A su vez, el artículo 210 del cuerpo normativo citado expresa *“Las empresas o entidades a que se refiere la ley N° 16.744, están obligadas a adoptar y mantener medidas de higiene y seguridad en la forma, dentro de los términos y con las sanciones que señala esa ley”*.

Este contexto normativo se complementa con los artículos 66, 67 y 68 de la Ley N°16.744, de 1968, que *“Establece Normas Sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales”*, en virtud de los cuales, las entidades empleadoras deben desarrollar un rol activo en la prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, debiendo, entre otras obligaciones: implantar todas las medidas de higiene y seguridad en el trabajo que les prescriban los organismos administradores de la ley antes citada, atendida la naturaleza del proceso productivo y el riesgo asociado al mismo; contar, cuando proceda, con Departamento de Prevención de Riesgos y/o Comité Paritario de Higiene y Seguridad; adoptar y poner en práctica las medidas de prevención que éstos les indiquen, y mantener al día el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad.

En este sentido, debemos señalar que el artículo 3° del D.S. N°594, de 1999, del Ministerio de Salud, sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo, establece que *“la empresa está obligada a mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores que en ellos se desempeñan, sean éstos dependientes directos suyos o lo sean de terceros contratistas que realizan actividades para ella”*.

A su turno, para el caso de los trabajadores que se desempeñan bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, los empleadores deberán cumplir las obligaciones específicas de seguridad y salud en el trabajo establecidas en el Decreto Supremo N°18, de 23.04.2020, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que aprueba el reglamento del artículo 152 quáter M del Código del Trabajo.

En dicho contexto, el artículo 1° de la Ley N°16.744 establece que se declara obligatorio el Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, en la forma y condiciones establecidas en la presente ley.

A su vez, determina en su artículo 2°, las personas protegidas y que estarán sujetas, obligatoriamente, a este seguro, que, a su haber, para efectos pertinentes son *“todos los trabajadores por cuenta ajena, cualesquiera que sean las labores que ejecuten, sean ellas manuales o intelectuales, o cualquiera que sea la naturaleza de la empresa, institución, servicio o persona para quien trabajen; incluso los servidores domésticos y los aprendices”*.

De esta manera, se concluye que la ley establece un seguro social, de carácter obligatorio, cuyo objeto es proteger de los riesgos de

accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, a las personas señaladas en la norma.

En cuanto a la afiliación, el artículo 4° señala que *“para los efectos de este seguro, todos los empleadores se entenderán afiliados al Instituto de Seguridad Laboral respecto de la totalidad de sus trabajadores, salvo que se adhieran a alguna mutualidad de empleadores”*.

Precisado lo anterior, a través de la Resolución Exenta N°156, de 2018, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, se aprobó el *“Compendio de Normas del Seguro Social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la ley N°16.744, Deroga y Declara Inaplicables Circulares que Indica”*, de la Superintendencia de Seguridad Social, que refunde, sistematiza y estructura en nueve libros, todas las circulares actualmente vigentes, relativas a materias propias de ese Seguro.

En dicho instrumento normativo, se contiene en el Libro I, Título VI, literal A, denominado de las *“Prestaciones Preventivas”* una definición de aquellas, señalando dicha disposición que *“son aquellas actividades de asistencia técnica que los organismos administradores realizan con profesionales especialistas en prevención, con la finalidad de contribuir a evitar o disminuir los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, en sus entidades empleadoras adheridas.*

Dentro de estas actividades se encuentran las asesorías para la identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos presentes en los lugares de trabajo; la prescripción de medidas para controlar esos riesgos; la realización de actividades de capacitación a las entidades empleadoras y a sus trabajadores, particularmente, a los miembros de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad; y la realización de exámenes médicos a los trabajadores expuestos a determinados agentes de riesgo, tanto ocupacionales como de vigilancia de la salud”.

Luego, el Libro IV, sobre *“Prestaciones Preventivas”*, establece, específicamente, como instrumentos de prevención, al tenor del artículo 66 de la Ley N°16.744, los Departamentos de Prevención de Riesgos, precisando que las entidades empleadoras mineras, comerciales e industriales con más de 100 trabajadores, están obligadas a contar con un Departamento de Prevención de Riesgos Profesionales que deberán ser dirigidos por un experto en prevención de riesgos.

Agrega, la primera parte del inciso 5° *“Las empresas estarán obligadas a adoptar y poner en práctica las medidas de prevención que les indique el Departamento de Prevención y/o el Comité Paritario (...)”*.

Por su parte, al tenor del Título II, de dicho Libro, sobre *“Responsabilidades y obligaciones de los organismos administradores y de los administradores delegados”*, señala que aquellos deben realizar *“Actividades permanentes de prevención de riesgos laborales”* indicando que *“La expresión “actividades permanentes de prevención de riesgos”, está referida a todas aquellas gestiones, procedimientos o instrucciones que los organismos administradores deben realizar dentro del marco legal y reglamentario vigente, en relación con la naturaleza y magnitud del riesgo asociado a la actividad productiva de sus trabajadores independientes y entidades empleadoras afiliadas y que éstas deberán implementar, cuando corresponda, con el concurso de los Departamentos de Prevención de Riesgos Profesionales y/o de los Comités Paritarios, según sea el caso, con independencia de la ocurrencia o no de siniestros de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales”*.

Añade, que *“Las actividades permanentes de prevención de riesgos deberán ser planificadas lógicamente y coherentemente, tanto en su formulación como en su aplicación con el fin de evitar que los trabajadores se accidenten o enfermen a causa o con ocasión de su actividad laboral”*.

Luego, estas actividades estarán condicionadas, en cada caso, por la naturaleza del proceso productivo de cada empresa o de la actividad económica del trabajador independiente, entendiéndose que *“Este factor dice relación con la clase o tipo de actividad de la entidad empleadora o trabajador independiente adheridos y con las tareas específicas que desempeñan los trabajadores, de tal forma, las medidas de higiene y seguridad que deben prescribirse a las entidades empleadoras y trabajadores independientes de acuerdo a su giro o actividad son técnicamente distintas. A modo ejemplar, las mutualidades de empleadores han confeccionado cartillas de prevención de riesgos por medio de las cuales describen las actividades que involucra un determinado oficio, los riesgos asociados al mismo y, por último, las medidas de seguridad e higiene que los empleadores deberán adoptar para cada tipo de industria o faena y específicamente para cada oficio o labor del trabajador”*.

En ese sentido, y como se señaló en el Dictamen N°1027/20 de 21.02.2018, en el caso de la razón fundada en la naturaleza de las funciones que desarrolla una empresa, se requiere una especialidad o características del proceso productivo o actividad que contenga una habilidad o precisión que la distingue, única en el ámbito de la función que realiza y que aquella no pueda ser desarrollada por una persona con discapacidad o asignataria de una pensión de invalidez.

Para llegar a tal determinación, corresponde, en opinión de quien suscribe, que la empresa efectúe una evaluación de aquellas funciones, a través de las distintas herramientas que proporciona el sistema de prestaciones preventivas de la Ley N°16.744, que considera el deber de protección general analizado.

En consecuencia, la calificación de las funciones, al interior de la empresa, que no pueden ser desarrolladas, de manera específica, por personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez, corresponde a la competencia de los organismos administradores del seguro obligatorio de la Ley N°16.744, y las empresas con administración delegada, quienes se encuentran sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Seguridad Social.

De esta manera, al tenor de lo preceptuado en el artículo 11 número 1° del Reglamento, para acreditar dicha circunstancia, deberá considerarse especialmente el informe técnico emitido por los organismos administradores del seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, esto es, el Instituto de Seguridad Laboral y Mutualidades de Empleadores, y a las empresas con administración delegada, cuando califiquen que determinada faena es superior a las fuerzas del trabajador, o pueden comprometer su salud o seguridad. Además, en aquellos casos de industrias o trabajos peligrosos o insalubres, se requerirá el certificado médico de aptitud.

Así, de acuerdo con lo señalado en el artículo 68 de la Ley N°16.744, las medidas de higiene y seguridad que deben implementar las empresas para el funcionamiento de dichas instalaciones, deberán ser dispuestas por el organismo administrador del seguro de la ley indicada al que se encuentren afectos, sin perjuicio de las facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo y

de los Servicios de Salud, conforme a lo dispuesto en los artículos 184 y 194 del Código del Trabajo.

En dicho contexto, en opinión de esta Autoridad, no existe inconveniente jurídico para que el Departamento de Prevención de Riesgos de la empresa a cargo de planificar, organizar, asesorar, ejecutar, supervisar y promover acciones permanentes para evitar accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, desarrolle dentro de sus acciones mínimas, el reconocimiento y evaluación de riesgos de accidentes y enfermedades profesionales, control de riesgos en el ambiente o medios de trabajo, y el asesoramiento técnico necesario para efectos de determinar qué funciones o procesos productivos, de acuerdo al artículo 157 ter del Código del Trabajo y artículo 7 literal a) del Reglamento, no pueden ser desarrollados por personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, sin perjuicio de lo que en definitiva determine la Superintendencia de Seguridad Social.

Bajo dicha potestad, también corresponde determinar las medidas de seguridad e higiene que los empleadores deberán adoptar para los tipos de industrias o faenas definidos y específicamente, para los oficios o labores desarrollados por trabajadores en situación de discapacidad.

Finalmente, se ha estimado del caso hacer presente que, en virtud del principio de coordinación que rige a los órganos de la Administración del Estado, según los artículos 3° y 5° de la Ley N°18.575, corresponde solicitar a la Superintendencia de Seguridad Social, emitir una instrucción específica sobre la materia, para efectos de establecer un procedimiento uniforme en materia de gestión preventiva de riesgos, con perspectiva de personas en situación de discapacidad.

Además, el Departamento recurrente solicita "*Determinar la oportunidad y duración de las ofertas de empleo a efecto de acreditar el cumplimiento de la razón fundada de falta de interesados*", haciendo presente la necesidad de objetivar la frase "*suficiente antelación*".

Al respecto, la razón fundada a que se refiere el inciso 2° del artículo 157 ter del Código del Trabajo, esto es "*La falta de personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional interesadas en las ofertas de trabajo que haya formulado el empleador*", y lo referido en el Reglamento en su artículo 7° letra "b", es menester concluir que existe un vacío normativo en cuanto al plazo durante el que, la empresa, debe publicar la oferta de trabajo, materia que no corresponde ser suplida por esta autoridad administrativa, y que debería ser fijada vía modificación reglamentaria.

Por otra parte, en cuanto a la oportunidad de la presentación, como razón fundada, se hace necesario recordar que como se concluyó en el Dictamen N°3376/35, de 30.12.2020 "*En ese sentido, la empresa que justifique la razón fundada derivada de la falta de interés de las personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional en las ofertas de trabajo que haya formulado el empleador, deberá acreditar al momento de realizar la comunicación electrónica a que se refiere el artículo 6 del Reglamento, la circunstancia de haberse verificado la publicación de la o las referidas ofertas de empleo ...*", teniendo presente que, como se ha expresado, la información contenida en dicha comunicación corresponderá a aquella ejecutada el año calendario anterior.

En relación al cumplimiento subsidiario de la medida contenida en el artículo 157 ter del Código del Trabajo y artículo 8° letra "b)" del

Reglamento citado, y su consulta contenida en el punto 4 de su presentación, se debe indicar que aquella se encuentra resuelta al tenor del punto 3 del Dictamen N°3376/035, de 30.12.2020.

En efecto, dicho pronunciamiento jurídico señala *“Al respecto, el N°5 del artículo 9° del reglamento prescribe “El monto anual de las donaciones efectuadas no podrá ser inferior al equivalente a veinticuatro ingresos mínimos mensuales ni superior a doce veces el límite máximo imponible establecido en el artículo 16 del decreto ley N° 3.500, de 1980, respecto de cada trabajador que debía ser contratado por la empresa”. Como se detalla más adelante, si bien la donación se hará exigible únicamente en aquellos meses en que, de acuerdo a la comunicación electrónica, la empresa tuvo contratados 100 o más trabajadores, el cumplimiento total de la medida alternativa de donación se debe efectuar una sola vez en el año calendario en cuestión”, pudiendo cumplir con esta obligación hasta el 31 de diciembre del año calendario anterior a la presentación de la comunicación electrónica, en el mes de enero.*

En cuanto a la consulta del punto 5 y la oportunidad de contratación de personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez, es menester señalar que, como prescribe el inciso final del artículo 14 del Reglamento *“La obligación del inciso primero del artículo 157 bis del Código del Trabajo será exigible en aquellos meses en que la empresa tenga contratados 100 o más trabajadores”.*

Precisado lo anterior, el Dictamen N°3376/035, de 30.12.20 indicó *“Por otra parte, teniendo presente la finalidad de la normativa en análisis y que la obligación de contratación de personas con discapacidad y asignatarias de pensión de invalidez es conocida con anticipación por el empleador, para fomentar la inclusión y no discriminación laboral de las personas con discapacidad, se concluye que la contratación directa de estas personas deberá estar vigente al primer día hábil del mes en que debe cumplirse dicha obligación”.*

Sin embargo, como la empresa puede contratar trabajadores hasta el último día del mes, y, por tanto, no tener certeza de la cantidad de dependientes con los que cuenta durante esa mensualidad, para efectos de dar cumplimiento a la finalidad de la norma y materializar dicha regla, aquella se aplicará a partir del primer día del mes siguiente a aquel que la empresa tuvo 100 o más trabajadores.

Finalmente, se debe hacer presente que, sin perjuicio de la reconsideración de la doctrina, a través del Dictamen N°3376/035 referido, en cuanto a la oportunidad del cumplimiento de la obligación de contratación de a lo menos el 1% de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, por parte de las empresas que cuenten con 100 o más trabajadores, a partir de la comunicación electrónica de enero de 2022, aquello no obsta a que dichos empleadores deban dar cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 157 bis o 157 ter del Código del Trabajo durante el año 2021, de acuerdo a los criterios establecidos en el Dictamen N°6245/47, de 12.12.2018.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, y doctrina indicada, cúmpleme informar a Ud. lo siguiente:

1) Las obligaciones subsidiarias de cumplimiento previstas en el artículo 157 ter del Código del Trabajo y artículo 7 del Reglamento N°64 que *“Aprueba Reglamento del Capítulo II “De La Inclusión Laboral De Personas Con Discapacidad”, del Título III del Libro I del Código del Trabajo”,* por

parte de las empresas de 100 o más trabajadores, se ejecutarán durante el año calendario anterior al que la empresa presente la comunicación electrónica a que se refiere el inciso 2° del artículo 6° del reglamento referido.

Complementétese la doctrina vigente, en el Dictamen N°3376/035 de 30.12.2020.

2) Para efectos de dar cumplimiento a las obligaciones alternativas previstas por el legislador en el artículo 157 ter del Código del Trabajo, tratándose de la razón fundada, relacionada a la naturaleza de las funciones que desarrolla la empresa, la calificación de las funciones, al interior de aquella, que no pueden ser desarrolladas, de manera específica, por personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez, corresponde a la competencia de los organismos administradores del seguro obligatorio de la Ley N°16.744, y las empresas con administración delegada, quienes se encuentran sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Seguridad Social.

En opinión de esta Autoridad, no existe inconveniente jurídico para que el Departamento de Prevención de Riesgos de la empresa, dentro de sus competencias, desarrolle las acciones mínimas de reconocimiento y evaluación de riesgos de accidentes y enfermedades profesionales, control de riesgos en el ambiente o medios de trabajo, y asesoramiento técnico necesario para efectos de determinar qué funciones o procesos productivos, de acuerdo al artículo 157 ter del Código del Trabajo y artículo 7° literal "a)" del Reglamento, no pueden ser desarrollados por personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, sin perjuicio de lo que en definitiva determine la Superintendencia de Seguridad Social.

3) De acuerdo a lo señalado en el artículo 157 ter del Código del Trabajo, existe un vacío normativo en cuanto al plazo durante el que la empresa debe publicar la oferta de trabajo, materia que no corresponde ser suplida por esta autoridad administrativa, y que debería ser fijada vía modificación reglamentaria.

Como se concluyó en el Dictamen N°3376/35, de 30.12.2020 la empresa que justifique la razón fundada derivada de la falta de interés de las personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional en las ofertas de trabajo que haya formulado el empleador, deberá acreditar al momento de realizar la comunicación electrónica a que se refiere el artículo 6° del Reglamento, la circunstancia de haberse verificado la publicación de la o las referidas ofertas de empleo, durante el año calendario anterior.

4) Si bien la donación se hará exigible únicamente en aquellos meses en que, de acuerdo a la comunicación electrónica, la empresa tuvo contratados 100 o más trabajadores, el cumplimiento total de la medida alternativa de donación se podrá efectuar en el año calendario respectivo, pudiendo cumplir con esta obligación hasta el 31 de diciembre del año calendario anterior a la presentación de la comunicación electrónica, en el mes de enero.

5) La contratación directa de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional deberá estar vigente al primer día hábil del mes en que debe cumplirse dicha obligación.

De esta manera, para dar cumplimiento a la finalidad de la norma y poder materializar dicha regla, por las razones expuestas en el presente

informe, aquella se aplicará a partir del primer día del mes siguiente a aquel que la empresa tuvo 100 o más trabajadores.

6) Los empleadores deberán dar cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 157 bis o 157 ter del Código del Trabajo, durante el año 2021, de acuerdo a los criterios establecidos en el Dictamen N°6245/47, de 12.12.2018.

Saluda a Ud.,



Julia Jerez Arevalo
JULIA JEREZ AREVALO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

JJ
JDTE/LBP/AAV

Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Boletín Oficial
- Departamentos y Oficinas del Nivel Central
- Subdirectora
- XVI Regiones
- Inspecciones Provinciales y Comunales
- Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Subsecretario del Trabajo

